

Abordaremos a terceira espécie de prova ilegal: a prova ilícita por derivação, entendida como aquela lícita, em sua essência, mas decorrente, exclusivamente, de uma prova ilícita anterior.

Para compreender melhor o tema, é preciso conhecer a teoria norte-americana denominada Frutos da Árvore Envenenada, consagrada no artigo 157, parágrafo 1º, do CPP.

Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada

No Brasil, consagrou-se a teoria da prova ilícita por derivação (teoria da árvore envenenada ou, ainda, do “efeito à distância”). Ela determina que, quando uma prova for produzida por mecanismos ilícitos, não é possível aceitar as provas que desta se originarem.

A ideia é que o sistema probatório seria incoerente se deixasse de estender a ilicitude às provas derivadas daquela obtida por meios ilícitos.

O próprio CPP reforça esta noção em seu artigo 157:

Art. 157.

§1º São inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.

§2º Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova.

Vamos analisar um exemplo? Imagine que alguém tenha sido constrangido, mediante tortura, a confessar a prática de um crime de homicídio. Essa confissão é ilícita. E pode ser que, dessa prova ilícita originária, resulte a obtenção de uma prova aparentemente lícita – algo dito pelo torturado levou as autoridades à localização e apreensão de um cadáver.

Há um nexo causal entre a confissão mediante tortura e a localização do cadáver. Ou seja, se não fosse pela confissão, não seria possível chegar ao cadáver. Nesse caso, entende-se a apreensão do cadáver, por repercussão, também é uma prova ilícita.

No exemplo dado, é importante ressaltar: caso uma testemunha, depondo regularmente, também indique à polícia o lugar onde se encontrava o referido cadáver, considera-se o testemunho fonte independente e, nesse caso, por ser uma prova lícita, admite-se a utilização da apreensão do cadáver como prova no processo.

Teoria da Fonte Independente

O artigo 157, §2º, do CPP, nos informa o que é uma fonte independente.

Art. 157.

§2º Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova.

De acordo com a teoria ou exceção da fonte independente, se o órgão da persecução penal demonstrar que obteve, legitimamente, novos elementos de informação a partir de uma fonte autônoma de prova (que não tenha relação de dependência nem decorra da prova originalmente ilícita), esses dados probatórios devem ser admitidos.

Teoria da Descoberta Inevitável

De acordo com a teoria da descoberta inevitável, ou exceção da fonte hipotética independente, caso se demonstre que a prova derivada seria produzida de qualquer modo, independentemente da prova ilícita originária, esta deve ser admitida.

A descoberta inevitável ocorre quando, ao mesmo tempo em que há a produção da prova ilícita por derivação, já está presente nas circunstâncias do caso um estado em que se conclua que tal prova seria encontrada de qualquer jeito. É necessário demonstrar dados concretos que confirmem que a descoberta seria inevitável.

Essa teoria também tem origem no direito norte-americano.

Sua aplicação ocorreu no caso *Nix v. Williams — Williams II*, em 1984:

[...] com base em declaração obtida ilegalmente do acusado, a polícia conseguiu localizar o paradeiro do corpo da vítima de homicídio escondido em uma vala à beira de uma estrada. No entanto, apesar de a localização do cadáver só ter sido possível a partir de uma declaração obtida de maneira ilegal, demonstrou-se que, no caso concreto, um grupo de duzentos voluntários já estava procurando pelo cadáver conforme um plano que, inevitavelmente, teria levado à descoberta do local em que o corpo foi encontrado (LIMA, 2016, p. 847).

No caso descrito, entendeu-se que a descoberta do cadáver era inevitável, admitindo-se, nesse caso, a prova derivada.

Obs.: Segundo o §5º do art. 157, o juiz que conhecer do conteúdo da prova declarada inadmissível não poderá proferir a sentença ou acórdão.